



## Enti pubblici economici, società controllate dalle pubbliche amministrazioni e lavoro flessibile.

DI MASSIMILIANO MARINELLI

**Abstract** - *The paper analyses the recent developments of the Italian legislation regarding flexible contracts in the societies controlled by public administrations. It aims to demonstrate that such developments are deeply rooted in the Italian jurisprudence's traditional approach to the topic, with some differences, originating by the European Court of Justice influence.*

**Riassunto** - *Il saggio esamina i recenti sviluppi della legislazione italiana, in ordine ai contratti di lavoro flessibile nelle società controllate dalle amministrazioni pubbliche. Mira in particolare a dimostrare che tali sviluppi sono profondamente radicati nel tradizionale approccio della giurisprudenza italiana al problema, con alcune differenze, derivanti dai più recenti orientamenti della Corte di Giustizia.*

**Keywords:** *Flexible contracts; societies controlled by public administrations.*

**Parole chiave:** *Contratti di lavoro flessibile; società controllate dalle pubbliche amministrazioni.*

**Sommario** - *1. Il lavoro negli enti pubblici economici. - 2. Lavoro flessibile ed enti pubblici economici: la nullità come tutela contro le assunzioni illegittime. - 3. Lavoro flessibile e società controllate dalle pubbliche amministrazioni: le ragioni di una tutela differenziata.*

### 1. IL LAVORO NEGLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI

La disciplina del rapporto di lavoro nelle imprese esercitate da soggetti pubblici (direttamente o per il tramite di società da questi controllate) è stata oggetto negli ultimi anni di un

rinnovato interesse da parte della dottrina<sup>1</sup>.

Ciò anche a causa di un contenzioso assai rilevante, che ha riguardato principalmente l'asserita violazione, da parte di questi soggetti, della disciplina che limita l'impiego dei contratti di lavoro c.d. flessibili (principalmente del contratto di lavoro a tempo determinato, ed in misura minore del contratto di somministrazione di lavoro), e le relative conseguenze sul piano giuridico.

Il legislatore è intervenuto più volte sull'argomento, dapprima con previsioni volte al contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche<sup>2</sup>, e successivamente nell'ambito di una complessiva riforma delle società sottoposte a controllo pubblico<sup>3</sup>. Al periodo di favore per l'estensione incondizionata del modello organizzativo privatistico e della relativa disciplina, che ha portato tra l'altro alla trasformazione in società di capitali dei principali enti pubblici economici operanti nel territorio nazionale<sup>4</sup>, è seguita una più matura riflessione, che ha inteso adattare le forme organizzative già esistenti alle mutevoli esigenze delle attività di produzione di servizi in favore della

---

<sup>1</sup> Cfr. A. GARILLI, *La gestione del personale nelle società a controllo pubblico. Riordino della disciplina speciale e soluzioni interpretative*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, 4, 1; M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2018; E. GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, in C. IBBA – I. DEMURO (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, Zanichelli, 2017.

<sup>2</sup> Cfr. F. CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 2 (rivista online).

<sup>3</sup> Cfr. D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016*, in *Lav. prev. oggi*, 2016, 599; M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto 'speciale'*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 2 (rivista online).

<sup>4</sup> Cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 3° ed., Bari, Laterza, 2004, 117.

collettività. Ciò in quanto l'ampia discrezionalità derivante dall'applicazione delle regole proprie del diritto privato (per quel che qui rileva, in materia di reclutamento e di gestione del personale), di cui le società nelle quali le pubbliche amministrazioni assumevano la veste di soci si sono avvalse, spesso non solo non si è tradotta in una maggiore efficienza nell'erogazione dei servizi, ma ha comportato un incremento degli oneri complessivi a carico delle finanze dei soci<sup>5</sup>.

E' stato affermato che il nuovo "modello regolativo" (consistente nell'applicazione alle società a controllo pubblico di alcune regole, in origine pensate per disciplinare il rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni) avrebbe messo in crisi la tradizionale suddivisione tra lavoro alle dipendenze di soggetti privati, e lavoro nelle pubbliche amministrazioni, facendo emergere il "*tertium genus*" del lavoro alle dipendenze delle società sottoposte a controllo pubblico<sup>6</sup>.

Tale affermazione è stata correttamente ritenuta infondata<sup>7</sup>, in quanto non tiene conto dell'effettivo contenuto delle disposizioni introdotte dal legislatore, e dell'evoluzione della disciplina positiva dei rapporti di lavoro nelle imprese svolte dagli enti pubblici (direttamente, o tramite soggetti da questi controllati).

Invero, già secondo l'art. 2093 c.c. le disposizioni del libro

---

<sup>5</sup> Cfr. A. Di PAOLANTONIO, *Trasferimento di attività, successione di appalti, eccedenza di personale: quali garanzie per i dipendenti delle società a controllo pubblico?*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 2 (rivista online).

<sup>6</sup> Cfr. G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. pubb. Amm.*, 2014, 706; P. TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 37.

<sup>7</sup> Cfr. A. GARILLI, *La gestione del personale nelle società a controllo pubblico*, cit., 2.

quinto del codice civile “si applicano agli enti pubblici inquadri nelle associazioni professionali. Agli enti pubblici non inquadri si applicano le disposizioni di questo libro, limitatamente alle imprese da questi esercitate”. Era stata dunque affermata in linea di principio la sottoposizione di tali soggetti alle regole generali del diritto privato.

La disposizione faceva seguito alla l. 16 giugno 1938, n. 1303, che aveva revocato il divieto di appartenenza alle associazioni professionali (soli soggetti che potevano stipulare contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes*) per gli enti pubblici, comunque denominati, che avessero operato “nel campo della produzione” ed avessero svolto “una attività economica in regime di concorrenza”<sup>8</sup>. Si trattava dunque di soggetti che presentavano le caratteristiche proprie dell'imprenditore commerciale, come individuate dall'art. 2082 c.c.

La ricostruzione della natura giuridica del datore di lavoro è generalmente avvenuta sulla base della disciplina legale e statutaria di questo, che ne determina gli scopi ed i caratteri dell'attività, in modo stabile e conoscibile dalla generalità dei soggetti, che con esso entrano in contatto.

E' stato dunque necessario accertare, innanzitutto, se il soggetto in esame svolgesse la propria attività con un fine pubblico<sup>9</sup>. Ove tale accertamento avesse avuto esito positivo, è stata poi verificata l'esistenza di un'attività organizzata avente un

---

<sup>8</sup> Cfr. S. CASSESE, *Ente pubblico economico*, in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, Utet, 1968, 574; F. CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro*, cit., 3.

<sup>9</sup> Cfr. V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 963.

carattere di economicità, strumentale al fine pubblico<sup>10</sup>. Si è dunque ritenuto che abbia natura economica un ente il quale produca, ai sensi di una disposizione di fonte legale o statutaria (e dunque in modo non fattuale né contingente) beni o servizi con criteri di economicità (carattere questo essenziale in una impresa commerciale), e dunque con equivalenza, almeno tendenziale, tra i costi ed i ricavi<sup>11</sup>.

Benché il settore degli enti pubblici economici sia stato progressivamente eroso, a partire dall'ultimo decennio del secolo passato, dal processo di trasformazione di tali soggetti in società di capitali, rimangono tuttora presenti nell'ordinamento numerosi soggetti che hanno mantenuto tale qualificazione.

Inoltre, in epoca più recente, il legislatore ha attribuito la predetta qualità ad enti di nuova istituzione, con ciò inducendo parte della dottrina a prefigurare un recupero di tale forma organizzativa per lo svolgimento di attività economica<sup>12</sup>. Ciò consentirebbe ai soggetti in questione di non sottostare alle regole di carattere generale, contenute nel D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ma di dovere esclusivamente rispettare eventuali discipline speciali, contenute nella loro legge istitutiva, dovendo per il resto trovare applicazione esclusivamente la disciplina del rapporto di lavoro all'interno dell'impresa.

---

<sup>10</sup> Cfr. E. GHERA – F. PINTO, *Enti pubblici economici (dipendenti degli) (rapporto di lavoro e sicurezza sociale)*, in *Nov. Dig. It., App. III*, Torino, Utet, 1982, 416. In giurisprudenza da ultimo Cass. S.U. 24 giugno 2006, n. 6573.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. S. U. 20 ottobre 2000, n. 1132.

<sup>12</sup> Cfr. M. FALSONE, *I rapporti di lavoro, cit.*, 25.

## **2. LAVORO FLESSIBILE ED ENTI PUBBLICI ECONOMICI: LA NULLITÀ COME TUTELA CONTRO LE ASSUNZIONI ILLEGITTIME.**

L'art. 2129 c.c. prevede l'applicazione degli artt. 2096 e ss. c.c. ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici (senza alcuna distinzione fondata sul tipo di attività svolta), a meno che il rapporto in questione non sia regolato diversamente dalla legge. Nel caso del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, individuate ai sensi dell'art. 1, c. 2 del D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la disciplina speciale – pur sempre di natura privatistica – è per l'appunto contenuta nella predetta legge.

Per i rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti pubblici economici manca ad oggi una regolamentazione di carattere unitario, a differenza di quanto accade invece per le società sottoposte al controllo delle pubbliche amministrazioni. Eventuali deroghe alla disciplina generale possono dunque derivare solo da provvedimenti settoriali, o dalle leggi istitutive dei singoli enti.

Pertanto, numerose disposizioni confermano l'applicazione a tali soggetti della disciplina propria del rapporto di lavoro nell'impresa privata. Tra queste vanno annoverate l'art. 409 n. 4 c.p.c., secondo il quale le norme del processo del lavoro regolano le controversie tra gli enti pubblici che svolgano esclusivamente o prevalentemente attività economiche ed i loro dipendenti, e l'art. 37 della l. 20 maggio 1970, n. 300, che applica ai predetti soggetti le disposizioni contenute nella legge stessa.

Gli enti pubblici economici dunque non sono sottratti alla disciplina generale del lavoro alle dipendenze dei soggetti

privati, per cui non sarebbe possibile un'estensione analogica nei loro confronti della disciplina propria delle pubbliche amministrazioni in materia di assunzione. Soltanto in alcune ipotesi le regole proprie del lavoro privato sono integrate da norme specifiche di fonte legale – dettate per un singolo ente, o per una categoria di essi – che impongano un requisito di validità per la stipulazione di un contratto di lavoro.

La violazione di tali regole è costantemente (e correttamente) ritenuta dalla giurisprudenza ragione di nullità del contratto a tempo indeterminato, che discenderebbe dal riconoscimento della illegittima apposizione del termine, per contrasto con una norma imperativa.

A conferma di ciò, si può utilmente richiamare la giurisprudenza di legittimità in materia di rapporto di lavoro a tempo determinato all'interno dei consorzi di bonifica.

In particolare, questa ha ritenuto che non siano nulli i contratti conclusi in violazione delle disposizioni contenute nello statuto del consorzio, che pongano dei limiti alle assunzioni a termine. Queste infatti hanno un carattere esclusivamente privatistico, e non rientrano tra le norme imperative, la cui violazione possa essere sanzionata con la nullità prevista dall'art. 1418 c.c.<sup>13</sup>

Le conseguenze della violazione della disciplina che limita l'apposizione di un termine al contratto di lavoro rimangono pertanto quelle previste dalla disciplina generale in materia di rapporti a termine.

---

<sup>13</sup> Cfr. Cass. sez. lav., 5 aprile 1990, n. 2840, relativa ad un contratto di lavoro tra un lavoratore ed un consorzio di bonifica, cui era stato apposto un termine di durata per il motivo, comune ad entrambe le parti, di eludere lo statuto del consorzio, che imponeva per le assunzioni a tempo indeterminato l'espletamento di un concorso pubblico.

A conclusioni diverse si è invece pervenuti, qualora l'assunzione a tempo determinato fosse avvenuta in violazione di un esplicito divieto legislativo. Questo poteva essere contenuto sia in una disposizione di fonte nazionale, sia in una legge regionale, ove questa fosse stata emanata per disciplinare una materia nella quale la Regione avesse avuto attribuita una competenza legislativa (esclusiva o concorrente).

Ad esempio, l'art. 6 della l.r. Sicilia 7 maggio 1958, n. 14, vietava le nuove assunzioni di personale precario, ed aveva espressamente previsto la nullità dei contratti eventualmente sottoscritti in violazione del predetto divieto, che era stata dichiarata dai giudici chiamati ad occuparsi della vicenda<sup>14</sup>.

Il successivo art. 9 aveva invece disposto, a regime, un divieto di assunzione del personale, in assenza di concorso pubblico, senza però espressamente indicare quale fosse il regime sanzionatorio per i contratti sottoscritti in violazione della predetta norma. In proposito la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che si dovesse dichiarare la nullità di tali contratti, per violazione di una norma avente carattere imperativo<sup>15</sup>.

La refluenza delle disposizioni regionali siciliane (ma analogo discorso vale per le altre regioni, e province a statuto speciale)<sup>16</sup> sulla disciplina dei contratti di lavoro non poteva allora (e non potrebbe oggi) essere esclusa, perché incidente su una materia attinente all'ordinamento civile, e dunque sottratto alla competenza regionale ai sensi dell'art. 117, lett. i) Cost., nel

---

<sup>14</sup> Cfr. Cass. sez. lav., 12 novembre 1985, n. 5540.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. sez. lav., 12 maggio 1990, n. 4081; Cass. sez. lav., 7 maggio 2008, n. 11163; Cass. sez. lav., 30 luglio 2001, n. 10376.

<sup>16</sup> Cfr. fa molte Cass. sez. lav., 13 marzo 2017, n. 6413.



testo vigente in seguito all'entrata in vigore della L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3. Invero, secondo l'art. 10 della L. Cost. 20 del 2003 "sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite".

Dalla modifica dell'art. 117 Cost. non potrebbe dunque derivare per la Sicilia, in forza proprio della legge che ne ha mutato la formulazione, una riduzione delle sue competenze in materia legislativa, elencate dagli artt. 14 e 17 del R. d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455 (Statuto della Regione Siciliana), tra le quali rientrano quelle della "legislazione sociale: rapporti di lavoro, previdenza ed assistenza sociale", nonché "tutte le altre materie che implicano servizi di prevalente interesse regionale".

In sostanza dunque lo Statuto attribuisce alla Regione Siciliana il potere di disciplinare i rapporti di lavoro nel proprio territorio, ovviamente nel rispetto dei principi costituzionali in materia. Tuttavia tra questi non può rientrare il nuovo art. 117 Cost., lett. i), nel senso sopra ipotizzato, in quanto ciò si tradurrebbe in una riduzione (e non in un ampliamento) delle competenze regionali, in palese violazione dell'art. 10 della l. Cost. 3 del 2001.

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che la previsione della nullità dei rapporti di lavoro a tempo determinato instaurati nei consorzi di bonifica siciliani, in violazione delle norme regionali che pongono divieti alle assunzioni di personale, non determina un superamento delle competenze legislative regionali in materia. Ciò in quanto queste riguardano sia la disciplina della bonifica, sia l'ordinamento di

tutti gli enti locali (compresi i consorzi di bonifica) e dei relativi uffici, il che include “logicamente anche la disciplina relativa alla costituzione dei rapporti di lavoro ad essi inerenti”<sup>17</sup>. Ad analoghe conclusioni si è pervenuti, in materia di assunzioni all’interno dei soggetti chiamati allo svolgimento del servizio di raccolta e gestione dei rifiuti<sup>18</sup>.

Più di recente, ha assunto rilievo il problema delle conseguenze dell’illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro, tra un soggetto qualificato dalla sentenza di merito impugnata come ente pubblico economico, ed un lavoratore, per l’assunzione in un profilo di bassa qualificazione professionale, per l’accesso al quale era richiesto il solo possesso del titolo di studio della scuola dell’obbligo<sup>19</sup>.

Nel ricostruire con particolare accuratezza l’evoluzione della disciplina regionale in materia, la giurisprudenza di legittimità esclude che, durante il periodo rilevante ai fini del giudizio, la legislazione regionale contenesse dei limiti alle assunzioni di personale in tali profili. Per il periodo successivo, invece, l’introduzione del principio in forza del quale le assunzioni presso gli enti pubblici potevano avvenire soltanto tramite un concorso pubblico, ovvero forme di selezione semplificate, avrebbe impedito la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, anche in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Analoghe conclusioni sono state raggiunte per le assunzioni presso un ente pubblico economico della Regione Sardegna –

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass. sez. lav., 8 aprile 1992, n. 4270.

<sup>18</sup> Cfr. fra molte Cass. sez. lav., 20 dicembre 2016, n. 26347.

<sup>19</sup> Cfr. S.U. 9 marzo 2015, n. 4685.

successivamente trasformato in società di capitali – per le quali l'art. 22 della l.r. Sardegna 20 giugno 1974, n. 16, disponeva esclusivamente il ricorso al concorso pubblico. Per le assunzioni avvenute prima della predetta trasformazione, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente ritenuto sussistente il divieto di conversione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine, per i quali l'apposizione del termine fosse avvenuta in violazione della disciplina nazionale limitativa dell'utilizzo di tale forma di lavoro flessibile<sup>20</sup>.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, tale conclusione trova la sua *ratio* nel principio costituzionale di buona amministrazione degli uffici pubblici (art. 97 Cost.), che collegherebbe la regola del concorso non tanto alla natura giuridica pubblica o privata del rapporto di lavoro, quanto piuttosto alla natura della persona giuridica alle cui dipendenze esso si costituisce. Non vi sarebbe dunque alcuna violazione della competenza esclusiva statale in materia di "ordinamento civile", di cui all'art. 117 Cost., comma 2, lett. l), in quanto, quando vi siano superiori ragioni di interesse pubblico che rendano necessario estendere i principi di buon andamento e imparzialità previsti per la pubblica amministrazione, anche la legge regionale può introdurre il meccanismo del concorso pubblico, senza esorbitare dalla potestà legislativa ad essa attribuita, non essendo volta ad introdurre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. ad esempio Cass. sez. lav. 28 febbraio 2017, n. 5229.

<sup>21</sup> Cfr. Corte Cost. 1 febbraio 2006, n. 39, in *Giur. Cost.*, 2006, 1, che, sulla scorta di tali argomenti, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, c. 4, lett. f)

### **3. LAVORO FLESSIBILE E SOCIETÀ CONTROLLATE DALLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI: LE RAGIONI DI UNA TUTELA DIFFERENZIATA.**

L'art. 19 del D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, dispone per l'avvenire<sup>22</sup> – trasferendo sul piano legislativo quanto da tempo ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità, a proposito del lavoro alle dipendenze degli enti pubblici economici – che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico trovi applicazione la disciplina generale del contratto di lavoro<sup>23</sup>.

La disposizione contiene poi delle regole speciali per le assunzioni, che però costituiscono norme eccezionali, e sono pertanto di stretta interpretazione. Non vi è come detto alcun *tertium genus* tra il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, e il lavoro con i soggetti privati. La disciplina generale rimane infatti quella del lavoro alle dipendenze dell'impresa, fatte salve eventuali deroghe, che devono però essere espressamente previste dal legislatore, e non possono essere ricavate in via analogica dalla disciplina del lavoro pubblico.

La norma citata trova applicazione alle società nelle quali una o

---

della l.r. Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23, che obbliga le società regionali a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico, a rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente.

<sup>22</sup> Sulla non retroattività della norma cfr. Cass. sez. lav., 26 ottobre 2018, n. 27228.

<sup>23</sup> Cfr. F. CURCUTO, *Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico*, in *Lavoro, Diritti, Europa* (rivista online), 1/2018; M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche*, cit., 4.

più amministrazioni pubbliche esercitino poteri di controllo. La nozione di amministrazione pubblica controllante, ai fini dell'applicazione del D. lgs. 175 del 2016 è più ampia di quella dell'art. 1, c. 2 del D. lgs. 165 del 2001. Oltre alle amministrazioni pubbliche individuate da tale norma, include infatti anche i loro consorzi o associazioni, per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici, e le autorità di sistema portuale. Mentre dunque gli enti pubblici economici sono esclusi dal campo di applicazione della disciplina in questione, e non sono sottoposti come categoria ad eccezioni alle regole generali sul lavoro nell'impresa (a meno che non vi siano specifici provvedimenti relativi al singolo ente, o a gruppi di essi), le società da questi controllate rientrano nel novero di quelle ai cui rapporti di lavoro si applicano le regole speciali contenute in linea generale nel D. lgs. 175 del 2016.

Per definire la nozione di controllo, il legislatore fa rinvio all'art. 2359 c.c., ai sensi del quale “sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi”. Viene però precisato che il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie, o di patti parasociali, per le scelte finanziarie e

gestionali strategiche è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Sono invece escluse dal campo di applicazione della disciplina in esame le società a partecipazione pubblica che abbiano emesso azioni quotate in mercati regolamentati, o che al 31 dicembre 2015 avessero emesso altri strumenti finanziari, quotati anch'essi in mercati regolamentati.

Il c. 2 dell'art. 19 impone alle società controllate da una o più amministrazioni pubbliche di adottare provvedimenti che individuino criteri e modalità per il reclutamento del personale, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, nonché di quelli contenuti nell'art. 35, c. 3 del D. lgs. 165 del 2001 (che già includono i principi sopra indicati).

Tale disciplina non costituisce una novità per l'ordinamento, in quanto già l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, aveva previsto che le società che gestissero servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottassero “con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”, mentre le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (ad eccezione delle società quotate sui mercati regolamentati) adottassero “con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità”. Successivamente, l'art. 19 c. 1 del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in l. 3 agosto 2009, n. n. 102, aveva aggiunto alla norma citata

un c. 2 *bis*, ai sensi del quale “le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311”.

Benché le norme sopra indicate non specificassero quale fosse la sorte degli eventuali rapporti di lavoro, costituiti in violazione delle stesse, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che si tratta di ipotesi nelle quali trova applicazione la regola della nullità, per violazione di una norma imperativa<sup>24</sup>. Tale soluzione si colloca, come visto, nel solco del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, che qualifica come norme imperative le regole speciali in materia di assunzione di personale presso soggetti pubblici che svolgano attività

---

<sup>24</sup> Cfr. Cass. sez. lav., 22 febbraio 2018, in *Lav. giur.*, 2018, 6990, con nota di F. CHIETERA, *I contratti a termine nelle società a controllo pubblico dopo il d.lgs. n. 175/2016: cosa cambia?*; Cass. sez. lav., 19 marzo 2018, n. 6818 (di contenuto sostanzialmente identico) in *Arg. Dir. lav.*, 2018, 1285, con nota di M. FALSONE, *Le società controllate da enti pubblici e il principio del divieto di 'conversione' dei rapporti di lavoro a termine illegittimi*.

imprenditoriale, con conseguente nullità degli eventuali contratti sottoscritti in violazione di queste.

Benché l'art. 19 c. 2 del D. lgs. 75 del 2016 faccia riferimento a "provvedimenti" assunti dalle società, e dunque ad atti unilaterali, nulla esclude che il contenuto di questi sia concordato in sede sindacale, o che addirittura l'atto in questione sia assunto mediante la sottoscrizione di un contratto aziendale. Manca infatti una disposizione che vieti di negoziare con le organizzazioni sindacali il contenuto di tali atti.

L'obbligo di procedere alle assunzioni di personale mediante una selezione pubblica non determina però necessariamente l'applicazione delle regole, seguite ad esempio dall'amministrazione controllante, in materia di concorso pubblico. La procedura può dunque essere semplificata, purché vengano rispettati i principi sopra indicati.

La società è dunque tenuta a comunicare all'esterno la propria volontà di procedere alle assunzioni, indicando il tipo di contratto che si intende stipulare, ed in particolar modo se questo sarà a tempo determinato o a tempo indeterminato. La selezione dovrà poi avvenire secondo criteri predeterminati e conoscibili, ed essere condotta da una commissione imparziale, composta da esperti delle materie su cui si svolge la selezione.

Non basta che l'assunzione avvenga mediante una qualsiasi selezione pubblica, ma occorre che questa fosse destinata alla sottoscrizione del contratto poi concluso tra le parti. Un contratto a tempo determinato sottoscritto all'esito di una procedura selettiva, dunque, non potrà essere convertito in contratto a tempo indeterminato, ove sussistesse una violazione delle regole relative all'utilizzo dei contratti di lavoro flessibili.



Nulla esclude invece che la società possa, dopo avere assunto a tempo determinato un dipendente, trasformare il relativo contratto in contratto a tempo indeterminato, a condizione che questa facoltà sia stata resa nota ai potenziali partecipanti alla selezione, fin dall'avviso di avvio di questa.

Il c. 4 dell'art. 19 del D. lgs. 175 del 2016 dispone espressamente la nullità dei contratti sottoscritti in violazione delle norme sopra indicate, ancorché queste discendano da un atto di autonomia privata. Tale regola si applica dunque a tutte le ipotesi nelle quali l'utilizzo irregolare del lavoratore, mediante una forma di contratto di lavoro flessibile, determinerebbe per un datore di lavoro privato la costituzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il richiamo nel c. 2 dell'art. 19 al solo art. 35, c. 3 del D. lgs. 165 del 2001, e non invece al c. 1 di tale norma, esclude che si possa prevedere un regime differenziato rispetto alla regola sopra indicata, per le assunzioni in qualifiche e profili per i quali sia richiesto il solo possesso del titolo di studio rilasciato dalla scuola dell'obbligo.

Le società devono invece prevedere, anche per questa ipotesi, procedure selettive per individuare i soggetti maggiormente idonei a ricoprire le funzioni in questione. Queste possono però svolgersi – purché ciò sia espressamente previsto dall'atto che ne regola il funzionamento – in modo differenziato rispetto alle assunzioni per le qualifiche superiori (valorizzando per esempio lo svolgimento di prove pratiche, o il possesso di conoscenze già acquisite in precedenti rapporti di lavoro in ordine alle mansioni che il dipendente sarebbe chiamato a svolgere).

Anche in questo caso, peraltro, vale la regola della necessaria

pubblicità preventiva del tipo di contratto che si intende stipulare. Di conseguenza, in caso di violazione delle regole sull'apposizione legittima di un termine al contratto di lavoro, la circostanza che l'assunzione a tempo determinato sia avvenuta mediante una pubblica selezione non esclude l'applicazione della sanzione della nullità.

La previsione in questione però potrebbe condurre, ove interpretata nel senso di escludere qualsiasi tipo di sanzione per l'illegittimo impiego delle forme di lavoro flessibile, ad un contrasto con la direttiva comunitaria.

La giurisprudenza di legittimità ha correttamente chiarito che, nei casi in cui le norme violate per l'assunzione a tempo determinato non rientrino tra quelle di derivazione comunitaria, lo stato nazionale non è obbligato a prevedere alcuna forma di tutela per il lavoratore, che vada al di là di quanto previsto dall'art. 2126 c.c.<sup>25</sup> Conseguentemente, nel caso in cui l'illegittimità riguardi l'apposizione del termine ad un unico contratto a tempo determinato, tale sanzione non dovrà accompagnarsi ad alcuna ulteriore previsione a tutela del lavoratore.

Parimenti, nessun risarcimento del danno sarà dovuto in caso di contratto a tempo determinato, sottoscritto entro i limiti contenuti nel D. lgs. 81 del 2015, ma senza rispettare le regole della selezione pubblica imposta per l'assunzione, cui la società abbia ritenuto di non dare corso, eccependone la nullità.

Diverse sono le conclusioni cui si deve pervenire, qualora la violazione riguardi le regole di derivazione comunitaria, quali

---

<sup>25</sup> Cfr. da ultimo Cass. sez. lav., 22 febbraio 2018, n. 4358.

ad esempio la disciplina relativa alla reiterazione o alla proroga dei contratti a tempo determinato.

L'art. 19, c. 4 del D. lgs. 175 del 2016 nulla dice in proposito, a differenza di quanto prevede invece l'art. 36 del D. lgs. 165 del 2001, il quale espressamente riconosce al lavoratore assunto a tempo determinato in modo illegittimo il diritto al risarcimento del danno subito.

L'espressa previsione della nullità dei contratti conclusi in violazione delle regole sull'assunzione esclude che si possa applicare la sanzione della conversione. Tuttavia, ove non fosse prevista una sanzione effettiva dell'abuso dei contratti a termine, rientranti nel campo di applicazione della direttiva, l'Italia si renderebbe responsabile di un inadempimento degli obblighi discendenti dal diritto comunitario.

In una sentenza relativa l'analogia – sotto questo profilo – vicenda dell'abuso dei contratti a termine nei teatri lirici<sup>26</sup>, la Corte di Giustizia ha però imposto, secondo le regole di carattere generale del rapporto tra le fonti di diverso livello, al giudice nazionale di interpretare il diritto nazionale, ove possibile, in senso conforme al diritto comunitario.

Sarebbe pertanto possibile, sulla base di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 19 del D. lgs. 175 del 2016, in relazione all'art. 28 del D. lgs. 81 del 2015, affermare che nel caso in esame la violazione delle disposizioni relative all'apposizione

---

<sup>26</sup> Cfr. Corte Giust., 25 ottobre 2018, *Sciotto*. Per un primo commento – contenente però conclusioni forse azzardate in ordine alla possibilità di estendere al rapporto di lavoro pubblico la conversione del contratto di lavoro a termini in contratto a tempo indeterminato – cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte UE e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 383/2019.

del termine determina in prima battuta la conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, del quale viene però immediatamente dichiarata la nullità, per contrasto con i divieti in materia di assunzione presso le società partecipate. Tuttavia, tale circostanza non impedisce l'applicazione al caso in esame – analogamente a quanto accade in applicazione dell'art. 36 del D. lgs. 165 del 2001 – del risarcimento del danno, nella misura prevista dal citato art. 28 del D. lgs. 81 del 2015.